

## **Blick ins Arbeitsrecht 2016.IV**

Themen dieses Blick ins Arbeitsrecht sind u.a. der gesetzliche Mindestlohn, die Feststellung der Unwirksamkeit von Allgemeinverbindlicherklärungen von Tarifverträgen durch das BAG sowie die Voraussetzungen für die Wahrung von Ausschlussfristen durch Klageerhebung.

### **I.**

#### **Gesetzgebung**

##### **1. Erhöhung des Mindestlohns**

Das Mindestlohngesetz sieht vor, dass eine „Mindestlohnkommission“ regelmäßig prüft, ob der ursprünglich vom Gesetzgeber mit € 8,50 festgelegte stündliche Mindestlohn noch ausreicht oder eine Erhöhung erforderlich ist.

Diese Kommission hat nunmehr am 28. Juni 2016 getagt und sogar einstimmig beschlossen, den bisherigen Mindestlohn mit Wirkung ab 01. Januar 2017 auf dann € 8,84 brutto je Zeitzunde festzusetzen.

Das Merkmal der Einstimmigkeit ist deshalb wichtig, da auch Arbeitgebervertreter in diesem Gremium vertreten sind.

### **II.**

#### **Entscheidungen**

##### **1. Bestimmung eines Bonusanspruches durch das Gericht**

BAG, Urteil vom 03. August 2016 – Az: 10 AZR 710/14

In vielen Verträgen finden sich leistungsbezogene Vergütungsbestandteile, wie beispielsweise Boni. Dies war auch bei dem Managing Director einer internationalen Großbank der Fall. Aufgrund des dort vereinbarten Bonussystems hatte dieser im Jahr 2009 einen Bonus in Höhe von € 200.000,00, 2010 in Höhe von € 9.920,00 und im Jahr 2011 gar keinen Bonus erhalten. Er klagte auf einen Bonus, dessen Höhe er in das Ermessen des Gerichts stellte, der aber mindestens € 52.480,00 betragen sollte.

Die Vorinstanzen hatten sehr unterschiedliche Entscheidungen getroffen:

Das Arbeitsgericht hat dem Kläger einen Bonus in Höhe von € 78.720,00 zugesprochen, das Landesarbeitsgericht in der zweiten Instanz hat jeglichen Anspruch abgelehnt.

Nunmehr hat das Bundesarbeitsgericht grundsätzlich Stellung genommen und im Ergebnis den Rechtsstreit an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen mit der Auflage, bei einer zweiten Entscheidung von einem zu Gunsten des Arbeitnehmers zustehenden Bonusanspruch auszugehen und diesen der Höhe nach festzulegen.

Zunächst musste das BAG prüfen, ob sich die Höhe des Bonusanspruches aus den vertraglichen Vereinbarungen ergibt. Dies war nicht der Fall, und zwar teilweise auch deshalb, weil der Arbeitgeber sich geweigert hatte, Berechnungsparameter für den Bonusanspruch preiszugeben. Das Gericht hat festgestellt, dass der Arbeitnehmer nicht in der Lage sei, diese Parameter selbst zu ermitteln und es sei ihm auch nicht zuzumuten, gegen den Arbeitgeber eine Auskunftsklage zu erheben. Letztere Aussage wurde leider nicht begründet.

Das BAG vertritt vielmehr die Auffassung, dass in einem solchen Fall das Arbeitsgericht (bzw. Landesarbeitsgericht) den Bonusanspruch aufgrund der übrigen vorliegenden Informationen schätzen könne und müsse. Herangezogen werden könnten hier beispielsweise die vereinbarten Leistungen, Zahlungen aus den Vorjahren, wirtschaftliche Kennzahlen des Unternehmens, das Ergebnis einer Leistungsbeurteilung, vergleichbare Zahlungen an Kollegen des klagenden Arbeitnehmers etc.

Eine gerichtliche Leistungsfestsetzung scheidet nur ausnahmsweise dann aus, wenn jegliche Anhaltspunkte für die Bemessung eines Bonusanspruches fehlte. Kann das Gericht aber auf solche Anknüpfungszahlen zurückgreifen, ist der Bonusanspruch zu schätzen.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Arbeitgeber beispielsweise ausreichend Zahlenmaterial vorträgt, aus dem sich ergibt, dass ein Bonusanspruch mit Null festzusetzen ist. Weigert sich der Arbeitgeber allerdings, entsprechende Zahlen mitzuteilen, ist der Weg zur Schätzung offen.

Nach § 315 Absatz 3 BGB ist der Arbeitgeber verpflichtet, eine Bonusentscheidung dann, wenn sich diese nicht allein aus vereinbarten Zahlen oder Berechnungen ergibt, nach billigem Ermessen festzulegen. Verstößt er gegen diese Verpflichtung, ist seine Festlegung unverbindlich und die Höhe des Bonus wird durch das Gericht auf Grundlage des Vortrags der Parteien festgesetzt (§ 315 Absatz 3 BGB). Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber der Auffassung ist, der Anspruch sei mit Null festzusetzen.

## **2. Anwendung des Mindestlohnes auch für Bereitschaftsdienst**

**BAG, Urteil vom 29. Juni 2016 – Az: 5 AZR 716/15**

Die noch relativ jungen gesetzlichen Regelungen zum Mindestlohn geben in der Praxis immer wieder Veranlassung zu Auseinandersetzungen.

Im vorliegenden Fall hat der Arbeitnehmer für geleistete Bereitschaftszeiten im Sinne des Arbeitszeitgesetzes eine Vergütung von € 15,81 je Arbeitsstunde geltend gemacht. Dabei hat es sich um die für ihn übliche Vergütung gehandelt, die er für Arbeitsleistungen erhält. Insgesamt hatte der Arbeitnehmer Anspruch auf ein Bruttomonatsentgelt von ca. € 2.700,00 zuzüglich Zulagen. Geschuldet war eine Arbeitszeit von 228 Stunden im Monat einschließlich vereinbarter Bereitschaftszeiten. Der Arbeitnehmer war der Auffassung, dass sich hieraus eine Unterschreitung des gesetzlichen Mindestlohnes ergibt und seine Bereitschaftszeiten nicht mit mindestens € 8,50 (damaliger Mindestlohn) vergütet werden.

Das BAG hat nunmehr entschieden, dass auch Bereitschaftszeiten im Sinne des Arbeitszeitgesetzes als Arbeitszeit im Sinne des Mindestlohngesetzes anzusehen sind. Daher gilt auch hier der gesetzliche Mindestlohn.

Insgesamt wurde die Klage jedoch abgewiesen, da der Arbeitnehmer jedenfalls im Monatsdurchschnitt eine Vergütung erhalten hat, die über dem Mindestlohn lag. Der Arbeitnehmer hatte, soweit sich aus dem Urteil ergibt, zwar für tatsächliche Arbeitszeiten den genannten Stundenlohn von € 15,81 erhalten, für reine Bereitschaftszeiten jedoch keine oder nur eine wesentlich geringere Vergütung unter € 8,50.

Das BAG hat hier eine Saldierung zugelassen und eine recht einfache Berechnung aufgestellt, die auf den Monatsverdienst bezogen ist. Das Gericht hat den Bruttomonatsverdienst durch die geschuldeten Monatsarbeitsstunden geteilt, um festzustellen, ob insgesamt eine Vergütung auf Basis des Mindestlohns erzielt wird. Diese Berechnung ergab vorliegend einen durchschnittlichen Stundenlohn von ca.

€ 11,75, so dass kein ergänzender Vergütungsanspruch auf Grundlage des Mindestlohngesetzes bestand.

Trotzdem ist diese Entscheidung nicht ganz nachvollziehbar. Mindestlohn wird für Arbeitsleistung geschuldet. Bereitschaftszeiten im Sinne des Arbeitszeitgesetzes sind Zeiten, in denen keine Arbeitsleistung geschuldet wird.

Hinzu kommt, dass das Arbeitszeitgesetz keine gesetzliche Regelung ist, die überhaupt Regelungen im Zusammenhang mit der Vergütung trifft. Daher war bisher immer anerkannt, dass das Arbeitszeitgesetz lediglich Regelungen im Zusammenhang mit der Arbeitssicherheit aufstellt und Zeiten, die nach dem Arbeitszeitgesetz als Arbeitszeit anzusehen sind, nicht automatisch zu einem entsprechenden Vergütungsanspruch führen.

Vergütungsanspruch und Arbeitssicherheit sind zu trennen. Das BAG hat aber nunmehr grundsätzlich festgelegt, dass auch Bereitschaftszeiten nach dem Arbeitszeitgesetz vergütungspflichtige Arbeitszeit darstellen.

Die vom BAG zugelassene Möglichkeit, Arbeitszeiten mit unterschiedlicher – oder auch ganz fehlender – Vergütung zu saldieren, ist immerhin eine für die Praxis wichtige Klarstellung. Hier sollte der Arbeitgeber aber darauf achten, dass möglichst nicht stundenweise Vergütungen unterhalb des Mindestlohnes ausgewiesen werden, sondern insoweit ein Monatsverdienst.

### **3. Konsultation des Betriebsrats bei Massenentlassungen**

**BAG, Urteil vom 22. September 2016, Az: 2 AZR 276/16**

Spricht der Arbeitgeber eine sog. Massenentlassung aus, muss er ein Konsultationsverfahren mit dem Betriebsrat durchführen. Gesetzlich geregelt ist die Massenentlassung in § 17 Kündigungsschutzgesetz, das Konsultationsverfahren dort in Absatz 2.

In dem vorliegenden Fall war streitig, ob der Arbeitgeber ausreichend mit dem Betriebsrat verhandelt, diesen also in gesetzlicher Weise konsultiert habe. So hatte der Arbeitgeber ein Konsultationsverfahren eingeleitet und mit dem Betriebsrat über eine mögliche Wiedereröffnung eines bereits geschlossenen Betriebes beraten. Eine solche Wiedereröffnung sollte allerdings nur in Betracht kommen, wenn die bisherigen Vergütungen abgesenkt würden.

Der Betriebsrat war nicht bereit, an entsprechenden Maßnahmen mitzuwirken. Zumindest zeigte er keine Verhandlungsbereitschaft. Dies ist aus Sicht des BAG ausreichend, um das Konsultationsverfahren des § 17 Absatz 2 KSchG als abgeschlossen anzusehen. Der Arbeitgeber dürfte daraufhin, wie vorliegend geschehen, eine Massenentlassungsanzeige bei der Agentur für Arbeit einreichen und sodann Kündigungen aussprechen.

Anders sieht es aus, wenn der Betriebsrat mit dem Arbeitgeber verhandelt und auch seine Verhandlungsbereitschaft zu erkennen gibt. Dann darf der Arbeitgeber die Verhandlungen im Rahmen der Konsultation nicht einfach abbrechen.

#### **4. Allgemeinverbindlicherklärungen von Tarifverträgen für Sozialkassenverfahren des Baugewerbes (AVE VTV 2008 und 2010) sind unwirksam**

**BAG, Beschluss vom 21. September 2016, Az: 10 ABR 33/15 und 10 ABR 48/15**

Tarifverträge können in drei Fällen für einen einzelnen Arbeitsvertrag verbindlich werden:

- Zunächst ist hier die beidseitige Verbandsmitgliedschaft zu nennen, d.h. der Arbeitgeber muss Mitglied im tarifschließenden Arbeitgeberverband und der Arbeitnehmer Mitglied in der tarifschließenden Gewerkschaft sein. Dann spricht man von einer Tarifbindung durch Mitgliedschaft.
- Darüber hinaus ist denkbar, dass die Geltung des Tarifvertrages im Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart wird.
- Schließlich sind auch Fälle denkbar, in denen Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt werden. Dies erfolgt durch die Sozialministerien aufgrund der gesetzlichen Vorschriften im Tarifvertragsgesetz.

Eine Allgemeinverbindlicheerklärung ist deshalb gefährlich für Arbeitgeber, da insbesondere bei Kleinunternehmen möglicherweise gar keine Kenntnis von den allgemeinverbindlich erklärten und damit allgemein gültigen Tarifverträgen besteht. Diese gehen dann auch den individualvertraglich getroffenen Vereinbarungen, insbesondere zur Vergütung, Urlaub etc. vor.

Die Tatsache, dass eine Allgemeinverbindlicherklärung nur in den engen Grenzen des Tarifvertragsgesetzes zulässig ist, erklärt sich auch daraus, dass die Vereinbarungen zwi-

schen einem Arbeitgeberverband und einer Gewerkschaft letztlich verbindlich für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Tarifgebiet und in der entsprechenden Branche werden. Möglicherweise haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich bewusst entschlossen, nicht Mitglied der entsprechenden Organisation zu werden. Die Ergebnisse von deren Verhandlung werden ihnen aber bei der Allgemeinverbindlicherklärung aufgezwungen. Hier könnte auch ein Verstoß gegen die sog. negative Koalitionsfreiheit in Art. 9 des Grundgesetzes zu sehen sein.

Das BAG hat nunmehr auf Antrag verschiedener Arbeitgeber, die nicht Mitglied einer Arbeitgebervereinigung sind, festgestellt, dass die Allgemeinverbindlicherklärungen der Tarifverträge über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe vom 15. Mai 2008 und 25. Juni 2010 unwirksam sind. Bei beiden Tarifverträgen sind die gesetzlichen Voraussetzungen des § 5 Tarifvertragsgesetz nicht erfüllt.

Die Feststellung der Unwirksamkeit wirkt für und gegen Jedermann. Sie hat zur Folge, dass nicht im Arbeitgeberverband organisierte Arbeitgeber insbesondere auch keine Beiträge zu den Sozialkassen des Baugewerbes leisten müssen.

## **5. Tarifvertragliche Ausschlussfristen müssen ggü. dem Vertragspartner gewahrt werden.**

**BAG, Urteil vom 16. März 2016, Az: 4 ABR 421/15**

Viele Tarifverträge sehen vor, dass tarifvertragliche Ansprüche innerhalb bestimmter Ausschlussfristen geltend gemacht und – bei Ablehnung – möglicherweise auch gerichtlich eingeklagt werden müssen.

In einem solchen Fall hatte ein Arbeitnehmer tarifvertragliche Ansprüche zwar gerichtlich im Rahmen einer Klage geltend gemacht. Die Klage ging auch innerhalb der Ausschlussfrist bei Gericht ein. Es dauerte dann aber noch einige Tage, bis das Gericht die Klage bearbeitet und diese an den Arbeitgeber weitergeleitet hatte. Inzwischen war die Ausschlussfrist abgelaufen.

Das BAG hat nunmehr entschieden, dass es für die Fristwahrung ausschließlich auf den Zugang des Geltendmachungsschreibens beim Arbeitgeber ankommt. Dies gilt auch dann, wenn die Geltendmachung in Form einer Klage erfolgt. Die rechtzeitige Geltendmachung per Gericht reicht nicht aus. Entscheidet ein Vertragspartner sich, die Ansprüche nicht direkt gegenüber der anderen Vertragspartei, sondern durch gerichtliche Klage geltend zu machen, um dadurch die Frist zu wahren, ist es angeraten, dem Vertragspartner die Klage direkt und parallel zum Gericht zuzustellen, um die Frist so zu wahren.

Eine gesetzliche Regelung (§ 167 ZPO), die es bei Erhebung einer Klage ausreichen lässt, wenn die Klage rechtzeitig bei Gericht eingeht, sofern sie nur „demnächst“ dem Beklagten zugestellt wird (was auch außerhalb der Frist geschehen kann), ist hier nicht anwendbar.

## **6. Unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung**

**BAG, Urteil vom 20. Januar 2016, Az: 7 ABR 535/13**

Das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz sieht vor, dass Arbeitnehmer von ihrem Arbeitgeber nur dann an andere Unternehmen überlassen werden dürfen, wenn der Arbeitgeber über eine behördliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügt. Von einem Überlassen – im Gegensatz zur Tätigkeit auf Basis eines Dienst- oder Werkvertrages – ist in der Regel dann auszugehen, wenn das andere Unternehmen das Weisungsrecht ausübt.

Kommt es trotzdem zu einer – dann unerlaubten – Arbeitnehmerüberlassung, sieht § 9 Nr. 1 AÜG (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz) vor, dass dann automatisch ein direkter Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitnehmer einerseits und dem Entleiher als Arbeitgeber andererseits zustande kommt.

Dies gilt – und darauf hat das Bundesarbeitsgericht in der vorliegenden Entscheidung nunmehr abgestellt – nur dann, wenn es tatsächlich zu einer Überlassung gekommen ist, d. h. zu einer Tätigkeit für den Entleiher.

War eine Arbeitnehmerüberlassung nur vorgesehen, kommt es aber nicht zur konkreten Beschäftigung beim Entleiher, sind die Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Arbeitsvertrages zwischen Arbeitnehmer und Entleiher nicht gegeben.

Ihr Rechtsanwalt

Michael Eckert

[www.edk.de](http://www.edk.de) | [eckert@edk.de](mailto:eckert@edk.de)